

梁晓琳

论构成不正当竞争行为的比较广告

比较广告性质判断标准

比较广告,又称竞争性广告或对比性广告,是一种特殊表现形式的广告。在广告中,广告主将同一行业内自己与他人的竞争商品或服务相比较,从而突出自己商品或服务的特点,以影响消费者的消费决策或其他经济行为。

根据比较对象的不同,比较广告可分为直接对比广告和间接对比广告。前者的特点是有特定的比较对象,后者则没有具体、特定的比较对象,没有直接指明其他经营者的产品或服务质量不佳,而是通过诸如“最好”、“最高”、“第一”等词汇来表明自己比其他经营者好。

比较广告从法律性质上又可划分为合法的比较广告和侵权的比较广告。判断一个比较广告是否构成侵权,关键要看该广告中的比较究竟达到了一个什么程度,是否超过了正常的界限而损害了其他经营者的合法权益,是否违背了广告的基本准则而导致破坏了正当的竞争秩序。

对比较广告性质的判断通常从以下三个方面考虑:

第一,真实性。这一标准是指比较广告应以客观事实为依据,不得夸大、无中生有,捏造、散布与实际不符的宣传。

第二,正当性。这里的“正当性”特指比较目的的正当性。广告主运用比较广告的方法对产品或服务进行宣传时应遵守公平竞争、诚实信用的原则,遵守商业道德,而非出于损害其他经营者合法权益的目的。

第三,误导性。我国《反不正当竞争法》第9条将“引人误解的虚假宣传行为”定性为不正当竞争行为。

构成“引人误解的虚假宣传行为”的比较广告

所谓“引人误解的虚假宣传行为”,是指经营者在经营活动中利用广告或其他方法对商品或服务内容作与实际不相符的虚假宣传,导致客户和消费者误解的行为,在这里主要讨论比较广告是否构成“虚假和引人误解的广告行为”。

1、关于真实性的讨论——是否要求“虚假”

对于内容虚假的比较广告,可以依据反不正当竞争法第9条进行认定,虚伪、伪造,或歪曲事实、名不符实都属于“虚假”。而对于内容真实或部分真实却引人误解的比较广告,则需进行具体分析。

第一,未确定事实在比较广告中使用的问题

未确定事实包括未发生的事实及存在争议、尚无定论的事实。由于未确定事实的真实性没有最终确定,因此不能简单认定为真实或虚假。但比较广告中使用的数据或调查结果必须有科学的依据和证明,尚未得到国家权威机构认定的不确定事实,不能作为真实的事实。因此,未确定事实在比较广告中的使用背离了公平竞争规则。

第二,部分事实在比较广告中使用的问题

在比较广告内容仅引用真实信息的片段,虽然可能并不损害消费者的合法权益,但作为同行竞争者,在广告中隐瞒重要事实,其目的在于歪曲事实真相,误导消费者,无疑是对竞争对手的不公平。

因此,在比较广告中无论是使用未确定的事实抑或使用部分事实,如果对事实的陈述是客观、真实、全面的,不会造成引人误解的后果,那么,未确定的事实或部分事实的使用就是正当合法的。如果以使消费者误解为目的对未确定的事实或部分事实加以使用,未确定的事实或部分事实实际上与真实事实不符,并且歪曲了事实真相,则可按照虚伪事实、虚假宣传定性。

2、误导性的符合——“引人误解”

比较广告的内容是否引人误解,问题的关键在于比较到什么样的程度才构成引人误解。我国现行法律法规对于如何判断这一问题没有规定,我国司法机关在认定比较广告是否引人误解时,借鉴了台湾地区适用的普通注意力原则、通体观察原则及比较主要部分原则的规定,即:(1)对于比较广告中表示或表征是否有“虚伪不实引人错误之情势”,应以交易相对人关大众之普通注意力为准。(2)若对表示或表征“隔离观察”为真实,但合并观察其整体印象及效果,足以引起“相当数量的一般或相关大众错误认知或决定”,即属虚伪不实或引人错误。(3)在表示或表征的内容以“对比或特别显著方式为之”的情况下,其特别显著的主要部分易形成消费者决定是否交易的主要因素,则可以对“该特别显著的主要部分”单独观察,来断定整个比较广告的“虚伪不实或引人错误”。

构成“诋毁竞争对手商业信誉、商业声誉的行为”的比较广告

“真实性”要求合法比较广告不得捏造、散布虚假事实,如果以诋毁竞争对手商誉为目的对未确定的事实或部分事实加以使用,而未确定的事实或部分事实实际上与真实事实不符,则因其歪曲事实真相认定为商业诋毁行为。

根据商业诋毁行为的构成要件,构成不正当竞争行为,主体要求是从事相关市场交易活动的经营者,主观方面要求是故意,侵害的客体是同业竞争对手的商业信誉和商业声誉,客观方面进行了捏造、散布虚假信息攻击同业竞争者的行为。只要比较广告符合这些构成要件,就构成了该不正当竞争行为。

综上所述,鉴于不同性质的比较广告在市场经济中所起的不同作用,不应一味禁止,而对于比较广告的性质进行判断,则是对其进行区别对待的第一步。通过对比较广告内容是否真实、目的是否正当以及是否具有误导性进行考察,并结合具体的不正当竞争行为加以分析,可以在立法实践中对比较广告加以良好把握,以寻求最有利于我国经济发展的处理方式。

(作者单位:厦门大学法学院)